

## DISCURSO LEGAL.

P O R

EL DOTOR IOSEPH BONET PRESBITERO,  
Retor de la Parroquial del Protomartir S. Estevan  
de la presente Ciudad, Administrador de los  
bienes de la quondam Doña Juana  
Castellà de Vilanova.

C O N

DON MAVRO LVIS CASTELLA DE  
Vilanova.

S O B R E

*QUE NO PROCEDE LA RETENCION, QUE DON  
Mauro solicita de los bienes, que à Doña Juana pertenecieron, iure vinculi,  
del quodam Don Luys de Vilanova su Padre: Ni la condenacion  
de los pretensos creditos, en que se funda.*



En Valencia: Por Vicente Cabrera, Impresor, y Librero de la Ciudad,  
en la Plaza de la Seo. Año 1701.

## ES EL CASO.



Viendo sucumbido Don Mauro en quantos pleytos suscitò respecto de aquellos bienes, y declarado nula su aserxa possession, con Real Sentencia publicada por Vicente de Saboya Generoso, Escrivano de Mandamiento, en 23. de Diciembre 1700. fol. 234. pretende le competiria retention en fuerza de los creditos expresados en la petition de 15. de Abril del corriente año fol. 345. Y así mismo, que el Administrador de los bienes de Doña Juana, deveria ser ccndenado en averle de pagar aquellos creditos, para lo qual Josef Moros de Alcalá Notario su procurador, puso petition en 13. de Agosto mas cerca pasado, de que formò nuevo pleyto.

2 Los creditos, que supone tener Don Mauro, se reduzen à dos, vno de 3600. lib. por la pension del censo de propiedad de 4000. lib. que Don Felipe de Castellvi en nombre de Curador in litem à la menor edad de Don Iayme Ilarion de Vilanova hijo, y heredero de Don Luys de Vilanova; otorgò à favor de Doña Teodora de Castellvi, por el aumento de su dote, con auto ante Bautista Feliu, quondam Notario en 15. de Diciembre 1650. fol. 351.

3 Y otro de 10000. lib. que dicho Don Luys vinculò para los hijos del matrimonio, que contraxo con Doña Teodora, con cartas matrimoniales recibidas por Vicente Portales, quondam Notario

4 tario, en 30. de Junio 1629. fol. 350.

4 Estos son los creditos, porque Don Mauro pide la retencion de los bienes, y cuya cobrança solicita: pero entrambos de tan poca, o ninguna subsistencia para aquellos fines, como se verá en el discurso de esta allegacion, y para poceder con toda claridad la dividiré en tres Articulos.

5 Provaré en el primero la inutilidad, é inexistencia del aserto credito de 3600. lib. y que Don Mauro careze de accion para su recobro.

6 Manifestaré en el segundo, la ineficazia del otro credito de 10000. lib. y como tampoco tiene derecho Don Mauro, para su exaccion.

7 Fundaré en el tercero, que quando en algun modo fueran considerables aquellos creditos, no bastarian para la retencion, ni condenacion, que se pretende.

#### ARTICULO PRIMERO.

*PRUEVESE LA INVUTILIDAD,  
é inexistencia del aserto credito de 3600. lib. y  
que Don Mauro careze de accion  
para su recobro.*

8 **P**ARA demostracion de la materia de este articulo se deve suponer, que Don Luys de Vilanova dexó el usufruto de sus bienes á Doña Teodora de Castellvi su muger, segun consta por la clausula del fol. 339. y por la del fol. 37: se reconoce áver aceptado el usufruto, y aun que sin perjuizio de su dote, y creix: Empero no podía utilarse, por vna parte del usufruto, y cobrar por

por otra la renta del creix.

9 La razon es, porque el usufructuario universal (qual fué Doña Teodora) está tenido á pagar los cargos anuales de la herencia. *text. expressus in l. usufructus 7. alias hactenus. 8. §. modica. ff. de usufructu.* Sequitur D. Leo in *respons. iur. post decis. 173. num. 141. lib. 2.* latissime Don Juan del Castillo Sotomayor. *lib. 1. de usufructu. cap. 56. nu. 14.* y en terminos de usufructuaria, *Cavalcanus de usufruct. mulier relicto num. 219. ibi: Quia usufructuaria illud annum debitum de usufructu solvere debet.*

10 Y lo que quita todo genero de duda, es que Don Iayme Ilarion de Vilanova hijo, y heredero primo loco de Don Luys, segun la clausula del fol. 87. devia pagar las 3600. lib. á Doña Teodora, ó á su heredero Don Raymundo, conforme el Testamento del fol. 352. y siendo así, que del dicho D. Iayme fué tambien heredero Don Raymundo, como es de ver por la clausula del fol. 277. y de aques te el dicho Don Mauro, segun la clausula del fol. 29. se reconoce no tener derecho alguno para exigir (quando se deviera) aquella cantidad. *Cum actio, et passio non possint simul extare in eodem subiecto. communiter DD. ex l. debitori C. de pactis. et l. Prator. ff. de tutor. et curat.* Y hasta qui el articulo primero.

## ARTICVLO SEGVND.

**MANIFIESTA LA INEFICAZIA**  
del otro credito de 10000. lib. y como tampoco tiene  
derecho D. Mauro para su exarcion.

**N**O se puede dudar (segun dize el nu.  
3.) que Don Luys de Vilanova  
vinculó aquellas 10000. lib. para los hijos del ma-  
trimonio, que contrajo con Doña Teodora de  
Castellvi en la forma siguiente.

12 *Item, que lo dit Don Luys de Vilanova.*  
*aixi mateix ex nunc, y ab lo present baja de vincu-*  
*lar, segons que vincula, pera els fills mascles del*  
*present matrimoni, ò fills de aquells, deu milia lliu-*  
*res en propietat, en esta forma, que puga, è haja*  
*de dispondre en aquells, aixi entre vius, com en*  
*ultima voluntat de les dites deu milia lliures, do-*  
*namihò tot à hu, si voldrà, y llevarhò als demés, ò*  
*repartirò en la forma, y porcions, que li pareixerà:*  
*T si fills mascles no, y baurà, ni descendents de*  
*aquells, è restaràn filla, ò filles, nets, ò descen-*  
*dents de aquelles, baja tan solament de dispondre*  
*en la forma desus dita de quatre milia lliures 3 res-*  
*tant pera dit efecte les vnes, y altres quantitats vin-*  
*clades pera en dits casos.*

13 Del contexto de este vinculo infiere Don  
Mauro, que Don Luys no auria podido imponer  
gravamen alguno à sus hijos, respeto de las 10000.  
lib. en la Cláusula del fol. 27. fundandose (à ca-  
so) en la disposicion del texto *in l. perfecta dona-*  
*tio. C. de donat. qua (sub modo. vbi: Donationi per-*  
*fecta non potest ex intervallo modus, vel conditio*  
*ali-*

*aliqua per donatorem apponi. § l. unum ex familia*  
*87. §. sed et si fundum. ff. de legat. 2. l. filius fa-*  
*miliæ. 114. §. ut quis heredem de legat. 1. l. ex*  
*facto 17. ff. ad Trebel. donde el gravado à elegie*  
*ex necessitate legis, vel hominis, no puede gra-*  
*var al electo.*

14 Es comun inter DD. & comprobant con  
varios exemplos, y autoridades, Mieres de *majo-*  
*rat. part. 1. quest. 71. num. 6. Molina, & addentes*  
*de Hispan. primogen. lib. 2. cap. 4. nu. 10. Follar.*  
*de substitut. quest. 511. num. 5. Cancer. variar.*  
*part. 3. cap. 7. nu. 119. Ferret. in constitut los im-*  
*puberf. glos. 1. num. 361. Fontanell. de pact. lib. 1.*  
*claus. 4. glos. 5. nu. 85. Et in numeri per eos relati.*

15 La razon de decidir diò el Consulto, *in*  
*dict. l. unum ex familia. §. si de falsidia. ibi: Non*  
*enim facultas necessaria electionis, propria liberali-*  
*tatis beneficium est, quid est enim, quod de suo vi-*  
*deatur reliquisse, qui quod reliquit omnino reddere*  
*debit?* Y no exerciendo liberalidad alguna Don  
Luys en sus hijos, no podria gravarlos, ex vulgari  
reg. *Quem non honoro, gravare non possum.*

16 A vista, pues, de tener Don Mauro à su fa-  
vor aquestos juridicos fundamentos, parece discul-  
tosa, y aun imposible, la satisfaccion, que preten-  
do dar por mi parte: Pero no lo será, si (como se  
confia) atentamente se pondera la facultad, que  
Don Luys se reservò de disponer entre sus hijos, que  
no fuè regulada (como pretende Don Mauro) sino  
libre, y absoluta.

17 Esto se convence, de que Don Luys, des-  
pues de aver vinculado las 10000. lib. para los hi-  
jos de aquel matrimonio, obligandose à disponer  
en

en aquellos, así entre vivos, como en última voluntad, según manifiestan la palabras: *Que puga, e haja de dispondre*: prosigue inmediatamente con estas: *donanthò tot à hù, si voldrà, y llevarhò als demès, ò repartirhò en la forma, y porcions, que li pareixerà*. Las quales de su naturaleza induzen libre disposicion, y arbitrio, nullis legibus regulatū.

18. Pruevale ex text. in l. cum quidam 24. ff. de legat. 2. ibi: *Rogo restituas liberis meis, quibus voles*. Marcellus putavit posse heredem, & indignum praeferre. l. fideicommissa. 11. ff. quamquam. 8. ibi: *Si volueris*. ff. de legat. 3. l. fideicommissaria libertas. 46. in princip. & s. 1. ff. de fideicom. libert. Batt. in l. 1. ff. de legat. 2. in dict. l. fideicommissa. s. si legatum. & dict. s. quamquam. & plenè in extravag. ad reprimendam in glos. verbo. videbitur. nu. 3. Menoch. de arbitrar. lib. 1. quæst. 7. num. 1. & 2. ubi latè de vi, & efficacia huius verbi. Volo. Barbosa dictio. volo 436. & alij quos refert, & sequitur Don Ioan del Castillo, contraver. lib. 4. cap. 36. num. 47.

19. Y lo mismo fuè dezir: *Donanthò tot à hù, si voldrà*, que si dixisse: *Pera aquell, que eligirà*. iuxta text. in l. si quis stipulatus 112. ff. de verbor. obligat. ibi: *Si quis stipulatus sichum aut Pamphylum, virum ipse vellet, quem elegerit, potest*. l. heredes mei 57. s. fin. ff. ad trebellian. ibi: *Vel cui volueris*. ioncto ibi: *Facultatem eligendi datam*. & dict. l. vnum ex familia. s. Rogo. ibi: *Cui voles, quod ad verba attinet, ipsius erit electio*. Palabras, que tambien denotan arbitrio, y disposicion libre.

20. Hallandose, pues, la diction. *Voldrà*.

Entre

Entre las demás supra-referidas, indubitadamente tuvo Don Luys, libre, y no regulado arbitrio para disponer en qualquiera de sus hijos, en la forma que le pareciesse, y sino obrara libre disposicion, sería superflua, y de ningun efecto, & censetur ludibrio posita, quod dicendum non est. Alex. conf. 81. num. 2. vol. 6. 21. Y porque ne reddatur illusoria, se deve interpretar ut supra, según su verdadera, y genuina significacion. l. si Prator. ff. de re iudicat. Surdus. conf. 29. num. 13. Valenzuela lib. 2. conf. 119. nu. 62. ibi: *Et ultra quod debemus intelligere, quod in contractu, & dispositione quodlibet, & si minimum verbum, non debet existere sine virtute operandi, quod magis potuerit*. ex l. si quando. ff. de legat. 1. ubi D.D. dicunt: *Potius esse tolerandam iuris communis correctionem, & interpretationem verborum, quam superfluitatem*. y Barbosa axiomata 216. & 222.

22. Las otras palabras: *Llevarhò als demès, ò repartirhò en la forma, y porcions, que li pareixerà*. Corresponden à estas: *Faciat prout libuerit, vel prout voluerit*. Denotà tambien arbitrio libre, non regulatum, nec aliquo modo restrictum. Vt cum Emmanuel à Costa tradit Fontanella. de pact. lib. 1. claus. 4. glos. 25. num. 30.

23. De que se infiere, que si Don Luys no pudiera disponer en sus hijos gravandos en la forma contenida en la Clausula del fol. 87. adquiriendo las palabras proximè referidas? vt in simili, el mismo Fontanella, dict. claus. & glos. num. 29. s. *Quia si liberum disponendi arbitrium verba prædicta non important, non video quid*

C

erit.

erit, quod illud inducere, et ad importare possit, de  
valeat. Lo que tambien suplicion. Inmola, Alex. y  
Paris, & cum eis. Sursi. conf. 29. num. 15.

24. Persuadese asi mismo; de que Don Luy,.  
disponiendo en sus hijos, pudo gravarlos, de la  
question, à Doctoribus communiter exagierat; Si  
el que està obligado à disponer en ciertas personas,  
podrà elegir à vno, ò à dos, ò disponer entre aque-  
llos, dando à vno mas que à otro. Y aunque pare-  
ce que deve disponer en todos, guardando igualdad  
entre ellos, ex text. in l. fin. C. communia viriu/q.  
iudicij. l. 1. ff. de legat. 1. l. cum filius. 76. §. Pa-  
ter cum filia. ff. de legat. 2. Sursi. dict. conf. 29.  
num. 1.

25. Empero, quando en la disposicion se dà, ò  
reserva facultad con Claufulas, ò palabras, que  
importasen libre arbitrio, puede el que està tenido à  
disponer, elegir en virtud de aquella facultad a vno,  
omitiendo à los demas, dar a vno mas, que à otro,  
y hazer partes, no servata aequalitate. Sic cõsult.  
dict. Sursi. relato conf. 29. en caso, donde el Tes-  
tador avia dispuesto en esta forma: Ita tamen quod  
de eis possit tam inter vivos, quam in ultima vo-  
luntate disponere pro libito sua voluntatis inter  
communes filios ipsius testatoris, & D. Hieronyma,  
& non aliter. Y desde el num. 6. vique in Concilij  
finem, prueba lata; y doctamente, que pudo, dis-  
poniendo entre sus hijos, dar a vno mas, que a  
otro: asi por tener libre facultad ad dispensandum.  
Como tambien por evitar el absurdo de superflui-  
dad, y otras razones, muy ponderables: Lo mes-  
mo desciende Don Mario Cutelli en la decis. sve  
orat. 30. à num. 17.

26. De que resulta, que asi como la facultad  
de disponer en vno, ò en muchos por partes, à vo-  
luntad del gravado, obra en terminos de derecho  
(no obstante la vocacion de todos, è igualdad, que  
alias avia de guardarse) que pueda, disponiendo  
entre aquellos, dar a vno mas, a otros menos, y  
elegir a ypo, omitiendo los demas, asi tambien la  
facultad de disponer con palabras, que inducen li-  
bre arbitrio (como en nuestro caso) parece en ne-  
cessaria consequencia, deve obrar, que disponiendo  
Don Luy en sus hijos, pudiesse gravarlos, por no  
aver congrua razon de diferencia de vn caso a otro,  
y porque eligiendo a vno en lo que podia quitarle.  
Censetur donasse, asserit Molina de Hispan. primo  
gen. lib. 2. cap. 4. num. 12. §. Quibus adiciendum.  
ibi: Vbi enim quis potest adimere, & non adimit,  
censetur dare.

27. Y en lo que se dà, nadie duda, pueda po-  
nerse gravamen, aunque fuera pro legitima, segun  
desiende el Señor Leon in resp. iur. post. decis. 210.  
lib. 2. dub. 2. nu. 164. 167. & 168. ad intellectum  
Lor. 51. 52. & 54. de quibus ibi.

28. Luego Don Luy, eligiendo en primer  
lugar a Don Iayme Marion, y despues a Don Ray-  
mundo, vsò con ellos de liberalidad, y fuè visiq  
darles lo que pudo disminuir, y quitar, segun las  
palabras: Donantib; tot à hu, si volerà, y llevarbò  
als demes, y por consiguiente pudo gravarlos, pul-  
cre Molina vbi supra dict. §. Quibus adiciendum.  
ex text. in l. 1. §. 2. vers. sciendum. ff. de legat. 3.  
& num. 16. & 17. ex decis. text. in l. si fundum,  
per fideicommissum. 91. §. fin. ff. de legat. 1. y Sur-  
si. conf. 29. num. 18. lib. 1. lo que comprueba Don  
Juan

72  
Joan del Castillo *controvers. lib. 3. cap. 87. a num. 3.*

29 Y en la razón de decidir *dict. l. 1. Si scien- dum*. Se expresa, que subsiste el gravamen impuesto al elegido, quando a este se le da por el eligente lo que podía quitarle, ibi: *Sciendum est autem eorum fideicommissi posse ad quos aliquid perventum est morte eius: Vel dum eis datur; vel dum eis non admittitur.*

30 Y que la liberalidad de Don Luys para con sus hijos se manifieste por la elección, es indubitable. Molina *ubi proxime dict. num. 12. vers. Sed respectu*, ibi: *Sed respectu ipsius actus eligendis quatenus eligens praefert electum alijs, clarissimum est, quod exercet liberalitatem.*

31 Prosigue en el vers. *Quibus adjiciendum*, ibi: *Quod is, qui electo ex electione rem aliquam dedit, posset eidem illam adimere alterum eidem preferendo, ex quo plane consequitur dici posse sibi dedisse illud, quod poterat alteri conferre, ubi enim, quis potest adimere, et non admittit, censetur dare.* Y en el num. 17. descende, que el padre puede substituir al hijo pupilarmente, y privar a los sucesores ab intestato de la herencia de aquel, y gravar por fideicomiso a los mismos sucesores, *ex dict. l. si fundum. 92. §. fin ff. delegat. 1.*

32 Acreditase así mismo la elección voluntaria en Don Luys, por las palabras *sapiedichas: Donantibus tota bona, si voluerit*. Que convence la facultad libre, que tenia para disponer *ad libitum*, y del modo, que bien visto le fuere sin restricción alguna, sino absolutamente, vt *expluribus docet Menoch. de arbitra. lib. 2. quasi. 7. a num. 32. cum sequent.*

33 Y

73  
33 Y se corrobora mas, porque Don Luys se reservó la facultad con palabras geminadas, esto es: *Si voluerit; y si pareixerit*. Con que fue visto averla tenido libre, y absoluta para disponer en qualquiera de sus hijos, gravandolos, *prout sibi placuisset*. Segun que con Craveta, Rolando, y Cornelio, asserit *Surd. lib. 3. conf. 380. num. 42. ibi: Quod si verba importantia arbitrium, ponantur geminata, tunc resolvuntur in liberam voluntatem, ut quando dictum est arbitrio suo disponat; prout placuerit, et videbitur.*

34 Siguió esta opinion con la afluencia de autoridades, que acostumbra Don Juan del Castillo *controvers. lib. 4. cap. 36. a num. 46. donde en el vers. Secundo*. Pone unas bien ponderables palabras para nuestro intento, como las siguientes: *Et todo lo que el quisiere, e por bien tuviere entre los dichos nuestros hijos, segun, y como mejor le pareciere, y en la forma, que quisiere, como si los dichos bienes fueran propios suyos.*

35 Y en el num. 49. in hac prorrumpit: *Verbum etiam, libet, quod liberam, et absolutam voluntatis potestatem, facultatemque tribuat, quae nec iure, nec aequitate, nec ratione aliqua regulatur, sed in libera, et absoluta residet potestate; sicque intelligi debeat commissio facta cum illis verbis, ad libitum, vel pro libito sua voluntatis.*

36 Siguese pues, que quien puede elegir a vno de sus hijos, y le prefiere a los otros, le da liberalmente lo que podía quitarle, ac per consequens, puede imponer gravámenes, saltim en favor de los demás hijos, y aun de algunos de la familia.

37 Declararlo en estos terminos nuestro Real

D

Se-

14  
Senado con Sentencia publicada por Don Francisco Pablo Alireus, quondam Eserivano de Mandamiento, en 9. de Febrero 1613. entre partes de Lorenzo Gascó de vna, y Gabriel Rovira, y Antonio Monferrer de otra.

38 Otro si, con Real Sentencia publicada por Don Juan Daza, en 12. de Abril 1630; à favor de Gaspar Vaziero, y contra Gaspar Almenara, y con otra publicada por Felix Monzó, en 27. de Mayo 1643. à favor de Mossen Vicente Vazquez quondam presbitero, y contra Mossen Vicente Mathias Melcer en cierto nombre.

39 Estas declaraciones tienen por si la autoridad, que manifiestan, y aunque parece no averse de juzgar por exemplares (segun el vulgar axioma) pero conduzen mucho para la decision de los pleytos, y mas con el apoyo de tan juridicos fundamentos, pues siempre el juyzio de muchos, fué mas seguro. *cap. prudentiam. de Officio de legat. y la costumbre de juzgar deve seguirse. l. filius 14. ad leg. Cornel. de fals. ibi: Sic enim inveni Senatum censuisse, quam pluribus congestis sequitur D. Crespit observat. 1. num. 289. & latissimè D. Don Laurentius Mathieu, y Sanz de regimine cap. 12. §. 1. num. 92. cum seq.*

40 Y aunque Don Luys en virtud de las palabras: *donantibus tot à hu, si voldera*: no tuviera la facultad de disponer en sus hijos à su arbitrio, podria averlo hecho, gravandos, segun se contiene en la clausula de su vltimo Testamento fol. 87. porque en ella los instituyó herederos, y sucesores universales con las substituciones ibi referidas, y acceptada la herencia, posseyeron sus bienes, co-

mo

15  
mo todo consta en el discurso del pleyto.

41 Esta es vna de las limitaciones del Texto *in dist. l. i. num. ex familia. §. Sed si fundum de legat. 2.* que siguen comunmente los DD. signanter Mieres, &c. ab eo relati de maiorat. lib. 1. *quast. 71. à num. 38. cum seqq. ex l. ab eo C. de fideicom. y Don Juan del Castillo controvers. lib. 3. cap. 10. num. 9. vers. Ego vero ibi: Nam cum proprijs bonis successorem honoret, & novis vinculis, aut oneribus, cum onerare posse, ratio ipsa iuris suadet.*

42 Y no solo subsiste el gravamen respecto de los bienes, ò comodidad, que se le diere al electo: sino tambien de los que havian de ser del mismo electo. Bart. in l. si filius familias. §. pater num. 3. de legat. 1. Peregrin. de fideicommiss. art. 32. num. 25. & art. 33. num. 13. Michael Ferrer in constit. los Impubers. glos. 1. num. 370. y en terminos de mayorazgos Molina in primogen. lib. 1. cap. 8. n. 35.

43 Y aunque Don Luys no dexase todos los bienes, sino algunos à sus hijos, podria imponer vinculos, y gravamenes en los propios de ellos, segun Castillo dist. cap. 10. n. 9. sequentibus verbis.

44 Ceterum si maioratus primus institutor, sive eiusdem successor, aut possessor alias quicunque ipsi maioratus aliquid ex proprijs bonis adiunxit, sive propria bona libera addidit, poterit equidem quacunque vincula, ac etiam conditiones novas, tam bonis antiquis, sive antiquo maioratus, quam proprijs bonis adijcere, nec is, qui in bonis eius successerit, poterit novum maioratum consequi, & ex bonis antiqui maioratus novas conditiones reijcere sed aut debet bona noviter maioratus addita relinquere, aut ipsas conditiones adimplere.

45 Lo



45 Lo que con especialidad procede en nuestro caso, donde las vocaciones, y vinculos puestos por Don Luys en la solodicha Cláusula del fol. 87. no se oponen à lo pactado en las cartas matrimoniales del fol. 330. respecto de la disposicion tocante à las 10000. lib. pues assi como en dichas cartas se ajustò, huviesse de disponer Don Luys de aquella cantidad en sus hijos varones, ò hijos, y descendientes de ellos, y en falta de todos en la hija, ò hijas, nietos, ò descendientes de aquellas: assi tambien en la disposicion testamentaria llamò primeramente à sus hijos varones, y descendientes de ellos, y en su defeto à las hijas del mesmo matrimonio.

46 Y quando no conformassen en todo aquellos vinculos, lo que mas se podria dezir, seria, que fueron, *præter voluntatem testatoris*. En quanto à la cantidad, por no ser igual en las disposiciones: mas no contrarios en la sustancia, con que siempre substituirian ex iuribus, & præcitatis autoritatibus.

47 Mayormente aviendo Don Iayme Harion, y Don Raymundo, tolerado el gravamen, poseyendo despues de la muerte de su Padre Don Luys, todos sus bienes por el discurso de tantos años, como el mesmo Don Mauro da por constante en la declaracion del fol. 109. *Et nunquam fuerunt conquisiti*. de que se infiere aprobacion del gravamen, y no poderlo impugnar.

48 Declararlo con este motivo el Senado de Cataluña en otro semejante caso, que refiere Caneer *variar. lib. 3. cap. 2. num. 200.* cuyas palabras por tan expresas, y decisivas del nuestro, me ha parecido, transcribir, y son las siguientes.

49 *Cuius erat (dize Caneer) quod quidam frater*

*frater tempore, quo collocaverat in matrimonium sororem suam dedit ei in dotem quatuor mille libras, quæ spectabant ad dictam sororem liberè ex patris relicto, Et iniecit ei vinculum, quod casu, quo ipsa sine liberis decederet, posset tantum de his mille libris testari, Et reliqua bis mille reverterentur ad ipsum fratrem donantem ubi viveret, Et eo defuncto ad suum heredem acceptavit dicta soror dictam donationem, Et cum sciret dotem prædictam fuisse propriam sibi à patre relictam, nunquam de dicto vinculo in re sua apposto, ipsa conquesta est, deinde moritur soror sine liberis instituto marito, à quo cum peterent donatoris heredes bis mille libras vigore dicti vinculi, opposuit de nullitate vinculi, vi facti in re propria uxoris sue, oppositum fuit per heredes donatoris, quod cum ipsa acceptaverit donationem cum dicto vinculo, Et nunquam ea de re conquesta fuerit, visa sit recepisse, Et approbasse dictum vinculum, Et sic eius heredem de eius nullitate opponere nequaquam posse, fuit ita in favorem heredis donatoris pronunciatum in dicta Regia Sententia, quæ postea in causa supplicationis ad relationem Domini Jacobi Puignya, fuit anno 1602. de Mense Septembris confirmata.*

50 Profigue en el num. 202. *Ad verò in prædicto casu, dicta soror expresse dictum onus recepit, Et cum de eo plenam habuerit notitiam, Et nunquam de eo conquesta fuerit, visa fuit approbasse dictam donationem cum dicto vinculo, Et ius impugnandi, quod habebat, remisisse. ad not. Et c.*

51 Mas adelante: *Suadentur prædicta, quia licet ex sola taciturnitate non inducatur consensus, nec approbatio in præiudicialibus: tamen si ultra tra-*

38  
circumstantiam deventu est ad aliquem actum possit-  
vum tendentem ad approbandum actum, tunc in-  
ducitur ratificatio, ex l. si filius, y otras autori-  
dades ibi: Relatas.

52 Concluye el num. his verbis: *Superviven-  
tiam post actum gestum facere, ut quis illum actum  
ratificare videatur, si nunquam ei in vita contra-*  
*dixerit.*

53 De lo que infiere en el num. 203. que aun-  
que la legitima no admite gravamen: Si tamen  
(profigue) filius patiatu tale onus sibi apponi, in-  
tervenienteque aliquis actus positivus approbationis,  
Et in vita sua de dicto onere conquestus non fuerit  
hæres eius de eo conqueri non poterit. De este sentir  
fueron Molina, y otros que reficte eod. num. 203.

54 Y aunque en el num. 205. diga, que todo  
esto se deve entender: Nisi assuisset enormissima  
lasio, quia tunc cum, ut diximus non presumatur  
voluisse consentire in tantam lesionem, nisi alias  
expresse de sua voluntate appareret, posset hæres ra-  
tione enormis læsionis dictum defuncti impugnare,  
Et c. Sin embargo la decision, y doctrinas antece-  
dentes son aplicables a nuestro caso.

55 Porque segun ponderè en el num. 40. Don  
Iayme Ilarion, y Don Raymundo fueron herede-  
ros, y successores vniverales de Don Luys primo,  
Et secundo loco respectivo, y acceptada la heren-  
cia, por medio de Doña Teodora de Castellvi su  
madre, y curadora, poseyeron todos los bienes, y  
con este acto positivo aprobaron indubitadamen-  
te la disposicion de su Padre, y no pudieron contra-  
venir al vinculo maxime: Cum de eo in vita con-  
quæsti non fuissent.

36 Ni

39  
56 Ni con pretexto de la supuesta enorme le-  
sion podia impugnarla Don Mauro como here-  
dero de Don Raymundo, porque ni este, ni su  
hermano Don Iayme hizieron inventario de los  
bienes de su Padre Don Luys, por cuya causa: lex  
presumit hereditatem locupletem. Fontanella de  
pactis lib. 1. claus. 4. glos. 5. num. 43. Et 47. Gra-  
tiani. cap. 229. num. 21. Et 22. aliter no la accepta-  
taria el heredero. Cancr. lib. 3. cap. 2. nu. 129. ibi:  
Cum certum sit, neminem adiuturum hereditatem  
aliquam, Et fore ut subiciat se oneribus heredita-  
ris pro nullo, aut modico lucro, mas adelante:  
Hinc hereditatem, qua invenit heredem presumi  
solvendo.

57 Sin que para este caso sea considerable el in-  
ventario del fol. 388. hecho por Doña Teodora en  
nombre de vi usufructuaria de los bienes de D. Luys,  
y Curadora de sus hijos.

58 Porque, no se puede dudar, que en el in-  
ventario, para que sea legitimo, y subsistente se  
han de anotar todos los bienes de la herencia, y  
aun los agenos (si se hallassen algunos) segun que  
con autoridad de Baldo, y otros, sequitur Cancr.  
dict. cap. 2. num. 43. ibi: Circa predicta est adver-  
tendum, quod omnis res inventa in hereditate, etiam  
aliene, ut puta deposita commendata, Et similes  
sunt in inventario describenda ut notat Bald. Et c.

59 Alsi mesmo advierte en el num. 36. que si  
consisten aquellas cosas en numero, peso, y medi-  
da, se deve expresar, y en el num. 38. Sic ait: Si  
esset aliquis lapillus pretiosus vel quid simile, cen-  
seo fore ut debeat estimari, vel ita designari, ut eius  
valor occultari nequeat: y citando à Escobar, y  
otros

oerds, que fuerón de la mesma opinion, concluye: *Ita ut si secus inventarium fiat sit nullum, & nullum producat effectum.*

60 Cavalcantus de usufructu mulieri relicto fué del mesmo sentir, y en el num. 143. dixo: *Et sic omnia bona mobilia, semoventia, & immobilia, iura, & acciones, & nomina debitorum inscribere cum omnibus eorum qualitatibus, conditionibus, & signis, videlicet bona mobilia ponere distincte cum pondere, numero, & mensura, ac bonitate, vel pravitate, & secundum communem opinionem, cum estimatione illarum rerum, secundum tempus rei acceptae, & non restitutionis.*

61 Prosigue mas adelante: *Et maxime in his rebus, quae usu consumuntur, & corrumpuntur, ut est vinum, oleum, frumentum, vestes, segetes, suppellectilia, ligna, libri, provenia, balista, argentum, & aurum.* Y no haziendo el inventario en esta forma, es lo mesmo, que sino se hiziesse: *Quia paria sunt* (segun dize en el num. 131. *Non cavere, vel minus idonee cavere, & non facere inventarium, vel minus idonee facere.*

62 Y en el tratado de tutore, & curatore, el mesmo Cavalcantus con autoridad de Afflictis, y otros, sic ait en el num. 59. *Quod si aliter factum fuerit, & plenum inventarium non confecerit, dicitur tutor iste esse in dolo, & bonorum usurpator.*

63 Doña Teodora, suponiendo, que su marido Don Luys le auria legado todas las joyas de oro, y plata, y alajas de aquella calidad, que tenia, y extaron al tiempo de su muerte: dixo, que las dexava de inventariar, como es dever en dicho inventario fol. 329.

64 Siendo esto constante, y que como usufructuaria, y curadora de sus hijos tenia obligacion de continuar todas aquellas joyas, y alajas, especificando la calidad, peso, y valor de cada vna: se reconoze que aquel inventario fué defectuoso, y de ninguna subsistencia, *& tanquam si factum non fuisset.* Ex practicitatis auctoritatibus.

65 Luego no pudo sufragar à Doña Teodora, ni à sus hijos: y es verdadero dezir, que aquellos no tuvieron lesion, porque acceptada la herencia, *absque inventario praesumitur opulenta,* segun prove en el num. 56. y con especialidad la de D. Luys, siendo persona tan calificada, y de las conveniencias, que persuaden las alajas, y joyas supra referidas.

66 Segun lo qual, es infalible averles sido beneficiosa, y de suma utilidad aquella herencia à los hijos de Don Luys, y por consiguiente fué visto averla aprobado *cum omnibus qualitatibus, & oneribus.* Ad tradita per Mieres de maiorat. part. 1. quasi. 5. per totam praecipue à num. 30. cum sequentibus. y quando en algun modo fuesse perjudicial, les obstaría la taciturnidad, y consentimiento de tantos años, como tengo advertido en los numeros antecedentes.

67 Y à nuestro intento, despues de insinuar Casanate los casos, en que los DD. disputan. *Vir sciens, & tacens sateri, vel consentire videntur, ad interpretationem text. in l. 11. qui tacet. ff. de reg. iur. & cap. qui tacet eod. tit. & aliorum,* dize en el conf. 39. num. 23. Lo siguiente.

68 *Tamen omnes concordant, quod sciens actum, in quo tractatur de damno, & in commodo*

24  
*tacens, si potuerit actum contradicendo impedire; et tacuit, et non contradixit, eo ipso presumatur, actum approbasse, et ei consensisse.* En el num. 24. *quod procedit nedum si agatur de modico damno, et in commodo tacentis, sed etiam si de maximo.* En el num. 25. *Hac autem fortius multo procedunt, ubi ultra scientiam, et pacientiam concurrunt quodcumque aliud adminiculum, tunc enim.* (Dize mas adelante) *verius, et securius, Ex taciturnitate, et non contradictione inducitur consensus, tolerantia, et approbatio.*

69 Prosigue en el num. 28. *Nam indubitata est Doctorum traditio, quod ubicumque cum taciturnitate scientis actum sibi praiudicialem, et statim non contradicentis concurrunt aliquis actus positivus exterior ipsius tacentis: tunc semper, et indistincte scientia, et non contradictio praiudicat, et vim habet consensus positivus, et legitima approbationis.* Y en el num. 29. concluye: *Quo casu scientia, et non contradictio tamquam ex consensu expresso prorsus praiudicat.* Todo lo qual funda expresissimamente.

70 Con igual expresion Mascardo de probat. lib. 3. conclus. 1153. a num. 28. *signanter num. 44. ibi: Vbi patientia aliquo actu confirmata inducit consensum etiam in praiudicialissimis.* Lo mismo afirma en la conclus. 1218. num. 51. en el num. 9. dize con Paris, y otros: *Quod patiens rem, in qua ius habet, alteri dari sibi praiudicat, et consentire videtur.* en el num. 50. *Quod ex longa taciturnitate presumitur consensus.* mejor en el nu. 51. *Quod si in actu praiudiciali adessent coniuncta persone, tunc conferretur quis consentire ex l. si servus communis*

25  
*munis. ff. de donat. inter viri; et uxores.* Y otros textos, y autoridades, quod etiam latissimè comprobat Tuschus lib. 6. *La. P. conclus. 603. per totam.*

71 Todo esto es muy de nuestro asunto, porque (segun queda dicho) Don Iayme Ilarion, y Don Raymundo acceptaron la herencia, y poseyeron los bienes de su padre Don Luys, con que fue visto averla aprobado, *cum omnibus qualitatibus, et oneribus*, y consiguientemente consentido en el vinculo, sin que para ello fuera menester verbal expresion: *Nam consensus non minus factus, quam verbis declaratur.* ad tradita per Postium. dectf. 77. num. 4. *Implus est factus, quam verbis aliquid significare*, dize en el num. 5. Y así no podian impugnar dicho vinculo *iuxta text. in cap. quod semel de reg. iur. in 6. et cap. per tuas de probat.*

72 Y que Don Iayme Ilarion, y Don Raymundo tuviessen noticia del testamento, y disposicion vltima de su Padre, no puede aver duda, porque siendo herederos, y successores vniversales: *Presumitur, vel quod sciverint a defuncto, vel quod apud ipsos remanserint defuncti documenta.* dict. Postio. *resolut. 41. num. 18. et resolut. 54. num. 41.* Luego impraesentiarum concurren las circunstancias requisitas para inducir la aprobacion, y tolerancia del vinculo.

73 Y aunque replicase Don Mauro, que Don Luys devia expresar en su testamento, como usando de la facultad reservada en las cartas matrimoniales disponia de las 10000. lib. a favor de sus hijos, y descendientes en la forma, y con las substituciones

74. Que Don-Luys no necesitó de valerse expresamente de aquella facultad, porque eo ipso, que la tuvo, segun las palabras: *Donathò tot à bu, si voldrà*. Se deve entender aver usado de ella, y dispuesto specificè de las 10000. lib.

76 Y se califica mas, que Don Luys expreso  
saltem virtualiter la facultad que tenia de disponer  
en sus hijos de las 10000. lib. aviendolos instituydo  
herederos: *Quia satis illud dicitur expressum, quod  
ex mente, et consuetudinis colligitur.* segun Fontane-  
lla. de pact. lib. 1. claus. 3. glos. 8. part. 3. num. 7.  
ex l. nominatiu. ff. de conditio. et demonstratio.  
§ l. 2. de liberis, et posthum. Gamma Lucitan.  
decis. 51. num. 8. et quod virtualiter in est habetur  
pro expresso. Gratian. discept. tom. 5. cap. 916. num.  
38.

77 Segun lo qual no es dudable, que si Don  
Luis viviera, y fuesse interrogado, si quiso disponer

78 Y le deve ponderar, que no fué indifereta; sino muy prudente la disposicion de Don Luys, puesto, que instituyendo herederos a sus hijos, cumplió lo que en las cartas matrimoniales estava prevenido, y aunque en ellas no se reservase facultad alguna, substituiria la disposicion, respeto de las 10000. lib. *Quia testator potest rem propriam heredibus legare vel alias de ea disponere*; como si fuera suya, *inacta for. 4. tit. de legat. textusque expressus in l. cum ex familia. §. si rem de legat. 2. §. non solum institutus de legat. y otros, que refieren Aut. Gomez. variar lib. 1. cap. 12. num. 14. vbi docuit hanc esse communem Doctorum opinionem.*

79 Y Mario Cuteli de donat. contemplatio. matrimonij tom. 1. fol. 321. a. num. 9. vers. Hac bene. Fue de sentir, que el testador puede gravar al heredero en los bienes propios: y que haviendo dispuesto, y gravado al donatario in bonis absolute donatis: Si aquel accepta la herencia, tenga obligacion de cumplir los cargos inbuti/modi bonis impuestos: Lo funda con diferentes DD. Cental. ad Peregrin. ars. 6. fol. mibi 2. vers. Ado ad eun-

dem, ibi: *Vi quando donatarius non solum in rebus irrevocabiliter donatis sibi antea, haeres fuerit institutus, sed etiam in alijs bonis, ultra illa, tunc namque donator etiam de irrevocabiliter antea donatis, possit donatarium heredem instituere, et nominatim gravare.*

80 Y despues de citar algunos Autores proseguen: *Et eo casu, si omnibus bonis fuit vellet, tenebitur necessario adimplere onus, et gravamen adiectum in ijs, quae antea sibi irrevocabiliter donata fuerunt.*

81 Concluye: *Imo eo ipso, quod donatarius adierit hereditatem, ac fecerit se heredem, virtute ipsius testamenti, censetur consensisse modis, et conditionibus donationi, aut rebus antea donatis, adiectis.*

82 Del mismo sentir fue Manfrella *in observat. ad decis. 44. Capicij l. atro num. 13. ibi: Et illud observo. Testatorem disponendo de rebus donatis haeres, et donatarius hereditatem acceptans, tenetur adimplere onera in iuncta super illis bonis.*

83 Y Boerio en la *decis. 204. num. 33.* dice: *de siende que el Padre instituyendo heredero al hijo primogenito, in contractu matrimonij, puede ex post facto substituir à otros en caso de morir aquel sin hijos: Etiam si dictum non foret in contractu ipso. Terminos sin dificultad mas arduos, que los nuestros.*

84 Y es en tanta verdad, que Don Luys instituyendo herederos à sus hijos, pudo gravarlos, que aun le bastaria, poderle suceder aquellos ab intestato, sic Paulus Leonius *conf. 27. num. 119. inter conf. ult. volunt. tom. 2.* donde dize, que así se deve

deve entender la *l. ab eo C. de fideicommissis*. Esto es, que basta para poder gravar à vno, el aver de suceder ab intestato el gravado, quanto mas bastara, quando sucede, *in dictio testatoris*; y por disposicion expresa suya, como en nuestro caso?

85 Siendo, pues constante, que Don Luys instituyó heredero à Don Iayme Ilarion: que substituyó à D. Raymundo para en caso de morir aquel sin hijos legitimos, y naturales: que entrambos acceptaron la herencia, que no hizieron inventario, por lo que *presumitur opulenta*; que posseryeron sus bienes: y vltimamente, que toleraron el vinculo, pues *de eo nunquam fuerunt conquisiti*: Como todo queda provado: parece indubitable, no poder Don Mauro impugnar aquella disposicion.

86 Y tambien, porque expresando en las cartas matrimoniales, que las 10000. lib. havian de quedar vinculadas para los hijos, y descendientes de aquel matrimonio, precisamente avian de tener la calidad de legitimos, y naturales, y se acredita con la disposicion de Don Luys, pues en la clausula de su vltimo testamento se halla así mismo expresada aquella calidad, y no concurriendo en D. Mauro, como es constante, no podia (quando se deviera aquella cantidad) tener derecho à ella, ni valerse de la disposicion matrimonial: *Quia ubi deficit qualitas dispositionis, deficit ipsa dispositio. vulgatis iuribus.*

87 Y quando no obsta à Don Mauro el defecto de legitimo, y natural, se hallaria precisado à la observancia del vinculo: lo que acredita el siguiente argumento.

88 Nadie duda, que la enagenacion Real de los

los bienes, sea mas, que el gravamen, que en ellos puede imponerse. *Nam alienare, qui potest, multo magis gravare.* ad tradita per Gaspar Ant. The-saur. *quæst. forens. lib. 3. quæst. 23. nu. 4. sed sic est,* que qualquiera testador puede enagenar totalmente los bienes del heredero, como propios, ex iuribus supra relatis num. 78. Luego puede gravarle en los mismos bienes la consecuencia es legitima.

89. Porque à quien se permite lo mas ( qual es, la enagenacion ) se permite in *ipsamet re*, lo menos ( qual es, el gravamen ) *cap. cui licet de reg. iur. in 6. authen. multo magis C. de Sacros. Eccles. l. non debet. ff. de reg. iur. Menoch. conf. 302. num. 41. y Surdo conf. 288. num. 14.*

90. Luego bien se infiere, que si Don Luys instituyendo herederos à sus hijos, pudo disponer de los bienes de ellos, como propios: mucho mejor pudo gravarlos en los bienes mismos, y acceptada la herencia quedaron imposibilitados, de poder impugnar la enagenacion, ó gravamen, porque el heredero, no puede venir contra *factum defuncti*. Vt in simili docuit Surd. *et ab eo relati conf. 333. num. 1.* con mayor especialidad en el num. 2. ibi: *Et si res à defuncto alienata, esset propria ipsius heredis, quia nihilominus heres non potest contravenire alienationi.* La razon es ( dize en el num. 3. ) *Quia testari non minus quis potest, et disponere de bonis heredis, quam de proprijs. ex §. non solum institui. de legat. et l. heredem. C. de fideiusor.*

91. Dize mas, que el heredero se reputa vna mesma persona con el difuncto, y que como ninguno puede impugnar el hecho proprio. *ex l. post mortem. ff. de adoptio: Ita ( prosigue ) nec factum defun-*

*defuncti, quod proprium ipsius heredis reputatur.* y en el num. 4. ibi: *Et non solum primus heres prohibetur factum defuncti reprehendere; sed heres quoque heredis* ( parece, que hablava con Don Mauro heredero de Don Raymundo ) concluye en el num. 5 que esto procede con especialidad, quando el heredero no haze inventario, y lo funda latissimamente.

92. Estos son puntualmente nuestros terminos, pues Don Iayme Ilarion, ni Don Raymundo hizieron inventarios de los bienes de su Padre Don Luys, y así quedaron precifados à observar su disposicion en tanto grado, que aun in foro *conscientia tenentur ultra vires hereditarias*. En sentir de Fed. de Senis, *conf. 21. et Angelus in l. 1. §. Hac stipulatio. col. 2. vers. In alijs vero. ff. de acquiren. heredita. num. 2.*

93. Y aunque constase de legitimo inventario, y Don Luys huviera enagenado totalmente los bienes de sus hijos ( que son mas arduos terminos ) no podian aquellos revocar la enagenacion, ofreciendo los bienes hereditarios. Ita Fontanella con Vincentio de Franchis, y otros *lib. 1. decis. 47. num. 8. his verbis.*

94. *Heredem etiam confecto inventario teneri approbare factum defuncti, etiam iure proprio, et non posse revocare alienationem rei propria factam per defunctum, quando in hereditate reperitur aquiriens, nec potest dicere heres, redde mihi bona mea, et capias bona hereditaria, quia tenetur approbare factum defuncti, etiam in re propria.* Y asistiendo esta la opinion mas comun, y que deve seguirse.

95. Queiera, pues en nuestro caso, dónde no hubo enagenacion, sino vn mero vinculo, que instituyó Don Luys para conservar los bienes en beneficio de sus hijos? Verdaderamente no alcanzo el fundamento de la instancia contraria: ni razon, que nos pueda convencer.

96. Y mas, quando por el defecto de inventario quedaron confusas las acciones en Don Iayme Ilarion, y Don Raymundo, la Rota apud Merlinum de pignor. & hypoth. decis. 63. num. 26. & decis. 64. num. 9. ex text. in l. debitoris. C. de pactis, y aun en terminos precisos de dote (que es bien ponderable) declaró así mismo la Rota apud eundem Merlinum. decis. 105. num. 17. & 18. La confusión de acciones: en cierta heredera, Et turbidum suum creditum nullo confecto inventario; y estar tenida à pagar de propios a los acreedores del testador, segun se expresa en los num. 19. & 20. his verbis.

97. Domini dixerunt hanc exceptionem ad fratribus non suffragari, quia cum fuerint, & ipsi heredes ex testamento tam Scipionis patris, quam Francisci patris, & virtusque hereditatem adierint nullo confecto inventario, non possunt eorum creditum, si quod haberent, deducere, neque de illo excipere contra alios creditores hereditatis illorum, quibus tenentur satisfacere de proprijs bonis. Fundandose en muchísimas autoridades, y textos.

98. Contra lo qual alega Don Mauro; que quamvis Don Iayme Ilarion, y Don Raymundo, no hizieron inventario de los bienes de su padre: podrian cobrar las 10000. lib. fundandose (à caso) en la l. in imponenda, & l. irritum. C. ad l. falcid.

*l. debitor. ff. ad trebel. y estos, que refieren Mantica de confect. ult. volunt. lib. 7. tit. 2. num. 15.*

99. Pero la satisfacion está prompta, advirtiéndose, que todos aquellos textos, y los DD. que los siguen, declaran, que su decision procede en quanto al fideicomissario tan solamente, esto es: que aunque el heredero gravado, no hiziesse inventario, podia deduzir su credito: Quia bona, & intra heredis non veniunt in restitutionem fideicommissi. v. dict. Mantica eod. num. 15. ex l. coheredi. S. cum filio de vulg. & pop. substitit. prosigue: Neque ius novum in hoc corrigi ius antiquum, sed prospexit solum contra heredem, qui vult uti falcidia contra legatarios, aut recusat integra debita solvere creditoribus hereditarijs, sub eo pretexto, quod hereditas non sit solvendo. Y lo acredita con innumera- bles autoridades.

100. Del mismo sentir fue Marta de success. legal. part. 4. quasi. 12. art. 3. à num. 20. y en el num. 22. sic ait: Item, quia ut heres teneatur in solidum est inductum ne ipse fraudem faciat legatarijs, & creditoribus.

101. De que se infiere, que quanto à estos que dan confusas las acciones, y no puede el acreedor heredero, que accepta la herencia, nullo confecto inventario, deduzir su credito: Sino que se entienda pagado, extinguido, è ineficaz para su exaccion.

102. No se puede negar, que Don Iayme Ilarion, y Don Raymundo se consideraron por vna parte herederos, y successores universales de su Padre Don Luys; y por otra acreedores contra su herencia, por razon de las 10000. lib. (en esto fundan tambien Don Mauro la instancia del fol. 343.)



34  
Luego precisamente quedaron confusas en ellos las acciones, ineficaces, y extinguidas para su ejercicio, *ex defectu inventarij.*

103 En resolución, preescindiendo de lo tocante al inventario, y aunque Don Jayme llation, ni Don Raymundo huvieran tolerado el vínculo, de que tratamos, substituiria aquel, por averlos instituido herederos, y sucesores universales su Padre Don Luys, y estar acceptada la herencia.

104 Declarólo en otro muy semejante caso nuestro Real Senado, con Sentencia publicada por Eusebio de Benavides Cavallero, en lugar del quondam Joseph Lorenzo de Saboya, Escrivanos de Mandamiento, en 13. de Noviembre 1687. en favor de Mossen Jayme Abadia Presbitero, y contra el Clero de San Juan del Mercado de esta Ciudad, Administrador de los bienes de Joseph Ferrer, con el motivo siguiente.

105 *Sed attento, quod licet dos à dicta Vrsola fuisset simpliciter, & absque gravamine donata dicta Iosephastamen postea dùm eam heredem instituit, gravare potuit.* Con lo qual queda concluido el artículo segundo.

#### ARTICULO TERCERO.

**FVNDASE, QUE QUANDO EN**  
algun modo fueran considerables los creditos, que pretende Don Mauro, no bastarian para la retencion, ni condenacion, que solicita.

106 **S**upuesto, que aquellos creditos fueran de alguna subsistencia, y que Don Mauro poseyera *bona fidei* los bienes recayentes

35  
en la herencia de Don Luys; no se duda le compertiria retencion. *ex text. in l. unica C. etiam ob chyrographariam pecuniam. Cuius verba sunt.*

107 *At si in possessione fueris constitutus nisi ea quoque pecunia tibi à debitore reddatur, vel offeratur, qua sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem dolimati non cogaris, iure enim cōtēdis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligaverunt; offerentes, audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuum simpliciter acceperunt.*

108 Lo mismo se prueba *ex l. si necessaria. §. pignori. ff. de pignor. actio. ibi: Reliqua mancipia potes retinere, &c. & ex l. si quis ante. ff. de adquir. possel. ibi: Denique rei conservanda causa legatorum damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodia causa.*

109 Podria en apoyo de aquella conclusion referir otros textos, pero los omito por no ser sobrado difuso, y porq̃es comun inter DD. y la fundada Fontanella lib. 2. decis. 345. num. 9. Gratian. lib. 2. cap. 356. nu. 26. Negufancio de pignor. part. 3. memb. 1. num. 17. y Merlino eod. tit. decis. 1. per totam, & decis. 78. num. 61.

110 Lo que procede, aunque el credito no sea hypothecatio. *dicta l. unica. C. ob chyrographariam pecuniam.* Surdus decis. 46. num. 9. & lib. 2. conf. 248. num. 16. in fin Fontanel. lib. 1. decis. 208. nu. 18. Merlino *dicta* decis. 1. num. 2. & decis. 78. nu. 8. y Gratian. discept. lib. 4. cap. 731. num. 24.

111 Pero la dificultad consiste, en que Don Mauro se ocupó de facto de dichos bienes, y que su aserta posesion es injusta; improba, turbativa, y

tan defectuosa, y llena de vicios, como el pleyto resulta, y se declaró con Real Sentencia publicada por Vicente de Saboya Generoso, Escrivano de Mandamiento en 25.de Diciembre 1700. fol. 284.

112 Por manera, que siendo la supuesta posesion de Don Mauro de aquella calidad, no se le deve conceder la retencion, porque la ley no favorece al possededor injusto, y vicioso. *Personal. de adipiscend. posses. sub num. 259.* y por que *non datur retentio nisi habenti possessionem.* la Rota apud Postium *decis. 140. num. 10.* y no se puede dezir, que Don Mauro la tiene: siendo la que supone nula, y con tantos defectos: *Quia paria sunt non esse, vel esse nullum* Barbol. *Et ab eo relati axioma iur. 174. num. 13. cum seqq.*

113 Y se deve tambien advertir, que D. Mauro como heredero de Doña Teodora de Castellvi *effectus fuit debitor* de los considerables bienes, que de la herencia de Don Luys entraron en poder de aquella, como usufructuaria, y curadora de sus hijos, y assi aunque tuviera credito subsistente, no se le deveria conceder la retencion: *Quia non datur nisi creditori, Et talis non est, qui effectus est debitor.* eadem Rota apud dict. Postium. *decis. 643. num. 25.*

114 Y porque Don Iayme Ilarion, y D. Raymundo aviendo sido successores vniversales de D. Luys, y possedydo sus bienes, se entiende aver cobrado su aserto credito. Bart. *in l. peculium.* la segunda *in princip. ff. de peculio. quem sequitur Surd. decis. 170. num. 1.*

115 Y por vltimo, quando no estuviessse abintegro satisfecho, quedaria en terminos de credito iliqui-

iliquido, y en tal caso no tiene cabimiento la retencion, iuxta *decis. Rotæ apud dict. Merlinum. 487. num. 9.*

116 Por lo que espero se mandará declarar denegando à Don Mauro la retencion, y condenacion por las 13600. lib. que pretende. *Salva semper, &c.*

*D. Valentin Nuño.*

*Imprimatur.*

*Vt. Mayor R. E. A.*